

Verweise auf EU-Sekundärrecht im Bilateralen Recht

Zur Reichweite von Verweisen auf EU-Sekundärrecht in den Bilateralen Abkommen bei der Weiterentwicklung des Unionsrechts

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Verweise auf EU-Sekundärrecht im Bilateralen Recht, Jusletter vom 11. September 2017 (Internetzeitschrift). Es ist möglich, dass die Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Die Bilateralen Verträge enthalten häufig Verweise auf EU-Sekundärrecht. Zwar kennen die Abkommen verschiedene Mechanismen zur Anpassung dieser Verweise an die legislative Entwicklung im EU-Recht; jedoch kann es aus verschiedenen Gründen vorkommen, dass eine solche Anpassung (zunächst) nicht erfolgt. Hierdurch werden komplexe, noch weitgehend ungeklärte Rechtsfragen aufgeworfen, denen der nachfolgende Beitrag gewidmet ist. Der Akzent liegt auf der Frage, ob und ggf. inwieweit und unter welchen Voraussetzungen auch weiterentwickeltes, jedoch nicht in den Rahmen der Abkommen übernommenes Sekundärrecht für das Bilaterale Recht von Bedeutung sein kann.

I. Einleitung

Zahlreiche Bilaterale Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union¹ knüpfen an den Rechtsbestand der Union an. Hierzu werden Teile des Unionsrechts im Ergebnis in den Abkommen übernommen, so dass die Schweiz letztlich verpflichtet ist, die entsprechenden Vorgaben ähnlich wie ein EU-Mitgliedstaat einzuhalten. Diese „Übernahme“ unionsrechtlicher Bestimmungen in Bilateralen Abkommen mit der Schweiz erfolgt in den derzeit bestehenden Abkommen häufig durch einen direkten Verweis auf unionsrechtliche Akte, die in einem

¹ Die „Bilateralen I“ wurden am 21.6.1999 unterzeichnet und sind am 1.6.2002 in Kraft getreten. Sie betreffen die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Austragswesen, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff. Die „Bilateralen II“ wurden im Oktober 2004 unterzeichnet und sind inzwischen (mit der bemerkenswerten Ausnahme des Betrugsabkommens) in Kraft. Sie erfassen die Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 2004, 5965 ff. Hinzu kommen einige weitere wichtige Abkommen, wie insbesondere das sog. Versicherungsabkommen oder das Abkommen über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen (sog. 24-Stunden-Regel“). Vgl. umfassend und m.w.N. zu den Abkommen Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, 2012, insbesondere 95 ff.

Anhang aufgeführt sind und welche die Schweiz daher zu beachten und im Ergebnis anzuwenden hat.²

Sobald das Unionsrecht modifiziert wird, vermögen die „ursprünglichen“ Verweise die grundsätzlich angestrebte Parallelität der Rechtslage nicht mehr zu gewährleisten, weshalb die Abkommen hier entsprechende Anpassungsmechanismen vorsehen. Allerdings kommt es – aus unterschiedlichen Gründen – nicht immer zu einer Anpassung, so dass sich die Frage stellt, ob und ggf. inwieweit die „ursprünglichen“ Verweise auch auf die neue Rechtslage in der Union Bezug nehmen bzw. entsprechend auszulegen sein könnten. Besonders relevant wird dies, wenn ein EU-Rechtsakt auf Unionsebene durch einen neuen Rechtsakt ersetzt wird, ohne dass das entsprechende Abkommen angepasst wird.

Der folgende Beitrag will dieser spezifischen Fragestellung nachgehen (IV.), dies auf der Grundlage eines Überblicks über die Auslegungsgrundsätze der Bilateralen Abkommen (II.) sowie über die in den Abkommen verankerten Übernahmemechanismen, inklusive der Weiterentwicklung der Abkommen (III.). Ein kurzes Fazit (V.) runden die Überlegungen ab.

II. Zur Auslegung der Bilateralen Abkommen

Die Einbindung der Schweiz – über Bilaterale Abkommen – in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands wirft die komplexe, hier allerdings nicht zu vertiefende³ Frage auf, ob und inwieweit die entsprechenden Abkommensbestimmungen parallel zur Rechtslage im Unionsrecht auszulegen sind.

Ausgangspunkt sind dabei – stellen die Bilateralen Abkommen doch völkerrechtliche Verträge dar – die einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätze, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)⁴ kodifiziert sind. Danach sind die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages (Art. 31 VRK); daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 VRK). Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann⁵ – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen,

² S. z.B. Anhang II, III Personenfreizügigkeitsabkommen oder Anhang I Landverkehrsabkommen sowie die Anhänge zur Schengen- und Dublin-Assoziierung.

³ Vgl. ausführlich zur Auslegung der Bilateralen Abkommen, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 1), *passim*. S. sodann ausführlich zu den Bilateralen Abkommen z.B. *Thomas Cottier/Nicolas Diebold/Isabel Kölliker/Rachel Liechti McKee/Matthias Oesch/Tetyana Payosova/Daniel Wüger*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, sowie die Nachweise in Fn. 10.

⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

⁵ Vgl. insoweit sowie allgemein zur Auslegung völkerrechtlicher Abkommen der EU, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 1), 5 ff., 182 ff.

nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann und wohl auch sollte. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt, Gegenstand oder auch Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

Sofern ein völkerrechtliches Abkommen der Union mit einem Drittstaat Unionsrecht übernimmt, sind auf dieser Grundlage die entsprechende Zielsetzung und der Zweck des Abkommens massgeblich, und es ist insbesondere danach zu fragen, ob das jeweilige Abkommen angesichts seines Zweck und Kontexts parallele Zielsetzungen wie das Unionsrecht und die dort figurierenden entsprechenden Bestimmungen verfolgt und ob auf dieser Grundlage in Anbetracht des Gegenstands der fraglichen Bestimmung eine „Übernahme“ des entsprechenden unionsrechtlichen Besitzstands beabsichtigt ist und sich damit (grundsätzlich) eine parallele Auslegung von Abkommen und Unionsrecht aufdrängt, wobei gegebenenfalls noch danach zu fragen ist, ob sich dieser Grundsatz auch auf zukünftige Entwicklungen des *acquis* bezieht.

Versucht man vor diesem Hintergrund die für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen, hier notwendigerweise eher allgemein zu haltenden Grundsätze zu formulieren, so spricht jedenfalls in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass für die Rechtsbeziehungen der Union (und ihrer Mitgliedstaaten) zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU angestrebt wird, Vieles für eine parallele Auslegung, dies grundsätzlich auch, soweit zukünftige Entwicklungen betroffen sind (wenn auch der zeitliche Bezugsrahmen im Einzelnen je nach der Art und Weise der Weiterentwicklung insbesondere des Unionsrechts zu präzisieren ist). Eine solche parallele Auslegung muss grundsätzlich auch und gerade unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH erfolgen, wie dies auch teilweise ausdrücklich in den Bilateralen Abkommen vorgesehen ist.⁶

In der Rechtsprechung (sowohl des Bundesgerichts als auch des EuGH) wurden die für die Auslegung der Bilateralen Abkommen anwendbaren Grundsätze bislang im Wesentlichen in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen relevant. Dabei ist der skizzierte „Grundsatz der Parallelität der Auslegung“ mittlerweile für das Freizügigkeitsabkommen allgemein anerkannt, so dass diejenigen seiner Bestimmungen, die an unionsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, grundsätzlich in Anlehnung an die unionsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Unionsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des

⁶ So etwa in Art. 16 Abs. 2 FZA.

Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Unionsrechts zurückgreift, und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Unionsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte. Diese Zielsetzung des Abkommens impliziert auch, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung derjenigen Bestimmungen, die auf unionsrechtliche Begriffe oder Konzepte zurückgreifen, zu berücksichtigen ist, dies ungeachtet dessen, ob die Urteile vor oder nach der Unterzeichnung des Abkommens ergingen. M.a.W. implizieren Anlage und Zielsetzung des Abkommens eine solche grundsätzliche Parallelität der Auslegung und eine grundsätzliche „Übernahme“ auch der neueren Rechtsprechung des EuGH, dies nicht etwa weil die unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze als solche massgeblich wären, sondern weil die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze ihre Beachtlichkeit begründen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diese Grundsätze seit dem diesbezüglichen Leitentscheid⁷ klar betont, und auch die Rechtsprechung des EuGH geht zumindest inzwischen ebenfalls in diese Richtung (unter Einschluss der grundsätzlichen Relevanz neuerer Urteile des Gerichtshofs für die Auslegung des Abkommens, soweit dieses auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift, werden solche neueren Urteile doch regelmässig zitiert und im Rahmen der Begründung herangezogen),⁸ nachdem in den ersten Urteilen einige eher missverständliche Passagen zu verzeichnen waren.⁹ Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur sind diese Grundsätze im Prinzip anerkannt, so dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung allgemein auf Zustimmung stösst.¹⁰ Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Anwendung dieses

⁷ BGE 136 II 5. S. sodann z.B. BGE 140 II 112 sowie jüngst BGE 142 II 35; BG, 2C_284/2016 vom 17.1.2017.

⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf/Engel) ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-241/14 (Bokovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15, ECLI:EU:C:2016:705 (Radgen).

⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Slg. 2010, I-7233; hierzu ausführlich, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 1), 157 ff.

¹⁰ Vgl. *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; *Thomas Cottier*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; s. aber auch die andere Akzentsetzung bei *Samantha Besson/Odile Ammann*, L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE – Une lecture de droit international, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, 331 ff., wobei deren Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der wohl h.L. jedoch nicht ganz klar wird, vgl. insoweit *Pirker*, ZBl. 2015, 295 ff. (ebd.). Zur Problematik ausführlich bereits *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 1), 169 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

Grundsatzes der Parallelität der Auslegung im Einzelnen durchaus Schwierigkeiten bereiten kann, womit gewisse Rechtsunsicherheiten einhergehen können. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob in einer konkreten Bestimmung tatsächlich auf unionsrechtliche Konzepte zurückgegriffen wird.¹¹ Die erörterten Grundsätze werden hierdurch aber nicht in Frage gestellt. Grundsätzlich lassen sich die Überlegungen des Bundesgerichts und des EuGH in Bezug auf den „Grundsatz der parallelen Auslegung“ auf die anderen Bilateralen Abkommen übertragen, dies soweit sie – ähnlich wie das Freizügigkeitsabkommen – eine Einbindung der Schweiz in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands anstreben und bezwecken. Dies gilt etwa auch für weite Teile des Landverkehrsabkommens, des Abkommens über technische Handelshemmnisse und jedenfalls auch für die Schengen/Dublin-Assoziierung.

Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass Anwendung und Auslegung der Abkommen in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits grundsätzlich in der Verantwortung der Vertragsparteien liegen; ausdrückliche diesbezügliche Vorgaben enthalten die Abkommen nur ausnahmsweise. So geht die Schengen/Dublin-Assoziierung davon aus, dass eine einheitliche Anwendung und Auslegung des in das Abkommen integrierten unionsrechtlichen Besitzstands zu gewährleisten ist; kommt über eine entsprechende Frage im Gemischten Ausschuss keine Einigung zustande, wird das Beendigungsverfahren ausgelöst (vgl. Art. 8-10 Schengen-Assoziierung).¹² Die übrigen Abkommen hingegen kennen – sieht man einmal von dem spezifische Charakteristika aufweisenden Luftverkehrsabkommen ab – keine entsprechenden Mechanismen.

III. Zur „Übernahme“ des Unionsrechts in die Bilateralen Abkommen und zur Weiterentwicklung der Abkommen

Die „Anlehnung“ der Bilateralen Abkommen an die Vorgaben des Unionsrechts kann grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten erfolgen: Entweder die Anhänge der Abkommen verweisen auf unionsrechtliche Akte, welche die Schweiz zu beachten und anzuwenden hat,¹³ oder es erfolgt eine Anlehnung der Formulierung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Regelungen.¹⁴ Auch im Rahmen der letztgenannten Variante kann ein Verweis auf EU-Sekundärrecht erfolgen.¹⁵

¹¹ Vgl. insoweit *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 2012, 81 (84 ff.).

¹² Hierzu auch noch unten III.

¹³ S. schon oben I.

¹⁴ Vgl. z.B. Anhang I Personenfreizügigkeitsabkommen, das teilweise wörtlich unionsrechtliche Bestimmungen übernimmt.

¹⁵ S. z.B. Art. 5 Abs. 2, Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA, die auf die RL 64/221 bzw. die RL 123 (Dienstleistungsrichtlinie) Bezug nehmen.

Der völkerrechtliche Charakter der Bilateralen Abkommen impliziert, dass sie grundsätzlich (formell) statische Verpflichtungen enthalten, so dass eine Modifikation des EU-Rechts, auf das in einem Abkommen Bezug genommen wird, grundsätzlich nicht „automatisch“ auch Eingang in das Abkommen findet. Allerdings sehen die Abkommen vor dem Hintergrund, dass ihre Zielsetzung in der Regel auch darin besteht, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU zu gewährleisten, spezifische Mechanismen für die Übernahme neuer legislativer Bestimmungen des EU-Rechts vor, wobei diese grundsätzlich nur dann zum Zuge kommen, wenn der Verweis auf den unionsrechtlichen Besitzstand durch eine Bezugnahme auf Sekundärrechtsakte erfolgt.

Im Einzelnen können in den bestehenden Abkommen drei Kategorien von Übernahmemechanismen weiter entwickelten Unionsrechts unterschieden werden:

- Erstens kann dem aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzten Gemischten Ausschuss die Kompetenz eingeräumt werden, die entsprechenden Anhänge des betreffenden Abkommens zu modifizieren. Da der Ausschuss einstimmig entscheidet, impliziert diese Variante (auf die insbesondere in Abkommen der „Bilateralen I“ zurückgegriffen wird), dass eine Anpassung der Abkommen an die Weiterentwicklung in der EU auch unterbleiben kann.
- Zweitens kann eine grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme auch der Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands verankert werden, wobei es der Schweiz aber unbenommen bleibt, die Weiterentwicklungen unter Durchlaufen der ordentlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren „umzusetzen“. Erfolgt jedoch keine Übernahme bestimmter Weiterentwicklungen, wird das Abkommen grundsätzlich – nach Ablauf einer bestimmten Frist – beendet. Damit geht zwar auch dieses Modell nicht von einer „automatischen“ Übernahmepflicht der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts aus; im Falle des Scheiterns einer solchen Übernahme jedoch droht mit der Beendigung des Abkommens eine „Sanktion“. Vor diesem Hintergrund lässt dieser Mechanismus der Schweiz im Ergebnis relativ wenig bzw. kaum einen Spielraum, soweit die Übernahme der entsprechenden Weiterentwicklungen betroffen ist, da im Falle einer Ablehnung das gesamte Abkommen in Frage gestellt wird. Verankert wurde dieses Modell bislang in der Schengen/Dublin-Assoziierung.¹⁶
- Ein ähnliches, wenn auch weniger weitgehendes Modell sieht zwar keine Beendigung des Abkommens im Falle fehlender Übernahme vor, ermöglicht es aber der EU, im Falle des Ausbleibens der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts

¹⁶ Spezifisch zu diesem Übernahmemechanismus schon *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Andrea Egbuna-Joss*, Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*. Handbuch, Zürich u.a. 2007, 903 (916 ff.); *Anne Cornu*, Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords Bilatéraux II Suisse – UE / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU* und andere neue Abkommen, Basel u.a. 2006, 207 (231 ff.). S. sodann *Matthias Oesch*, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, 638 ff.

verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, wobei der Gemischte Ausschuss ein Schiedsgericht anrufen kann, um die Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen zu überprüfen. Dieses Modell wurde bislang erst bei einem neueren Abkommen, nämlich dem Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“)¹⁷, herangezogen. Das Schiedsverfahren ist im Anhang III zu dem Abkommen geregelt, und das Schiedsgericht besteht aus drei Mitgliedern, von denen je einer von jeder der Vertragsparteien bestimmt wird und diese beiden Mitglieder sich auf ein drittes Mitglied einigen müssen.

Bevor diese Mechanismen zum Zuge kommen, stellt sich aber die Frage, ob eine bestimmte Modifikation des Unionsrechts Eingang in den jeweiligen Anhang des betreffenden Bilateralen Abkommens finden soll bzw. kann. Auch hier ist zu unterscheiden:

- Soweit der Verweis in einem „Textteil“ der Abkommen erfolgt, der nicht durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden kann bzw. in Bezug auf welchen nicht vorgesehen ist, dass eine bestimmte Weiterentwicklung der Unionsrechts Eingang in das Abkommen finden soll, ist eine Übernahme der Weiterentwicklung des Unionsrechts in den Rahmen des betreffenden Abkommens nicht möglich; vorbehalten bleibt selbstverständlich eine Modifikation des Abkommens als solches.
- Soweit es dem Gemischten Ausschuss obliegt zu entscheiden, ob Modifikationen des Unionsrechts in den Rahmen des betreffenden Abkommens übernommen werden (was im Wesentlichen durch eine Änderung der Anhänge erfolgen kann), ist – da die Gemischten Ausschüsse einstimmig entscheiden – ein entsprechender Wille bei beiden Vertragsparteien erforderlich. Dieser wird im Hinblick auf die Sicherstellung einer parallelen Rechtslage im Verhältnis zur Schweiz wie innerhalb der Union häufig bzw. gar in der Regel vorhanden sein; allerdings ist – wie das Beispiel der verzögerten Anpassung gewisser Teile der Anhänge des Abkommens über technische Handelshemmnisse zeigt¹⁸ – nicht ausgeschlossen, dass eine solche Anpassung auch (vorübergehend) ausbleiben kann.
- Schliesslich erfolgt in denjenigen Konstellationen, in denen die Anhänge eines Abkommens auf einen bestimmten, auch generell-abstrakt formulierten Teil des unionsrechtlichen Besitzstands verweisen, bereits auf Unionsebene beim Erlass des entsprechenden Sekundärrechtsakts eine Entscheidung darüber, ob der jeweilige Rechtsakt Teil des betreffenden Besitzstands ist. Relevant wird dies derzeit in der Schengen/Dublin-Assoziierung: So enthält der jeweilige Rechtsakt ggf. einen Hinweis darauf, dass er Teil des Schengen- oder/und Dublin-Besitzstands ist. Fehlt ein solcher Bezug, so erfolgt keine Übernahme, und ggf. bleibt die „alte“ Bezugnahme bestehen, dies

¹⁷ Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“), SR 0.631.242.05.

¹⁸ Vgl. hierzu NZZ v. 28.7.2017.

obwohl der entsprechende Rechtsakt (meist nach einer Übergangszeit) in der Union nicht mehr gilt. Die Frage, ob ein neuer Rechtsakt Teil des Schengen/Dublin-Besitzstands ist, kann mitunter durchaus umstritten sein und ist somit nicht immer zweifelsfrei zu beantworten. So erschliesst es sich z.B. nicht auf den ersten Blick, warum die neue Datenschutzgrundverordnung (VO 2016/679)¹⁹ nicht Teil dieses Besitzstands sein soll, während die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46)²⁰, welche durch die Datenschutzgrundverordnung abgelöst wird, in den Anhängen zur Schengen- und Dublin-Assoziierung aufgeführt ist. Dabei geht es bei der Frage, ob ein bestimmter neuer Rechtsakt Teil des Schengen-Besitzstands ist, zweifellos um eine Rechtsfrage (denn der Begriff des Schengen-Besitzstands ist ein unionsrechtlicher Begriff), so dass sie vom EuGH überprüft werden kann;²¹ allerdings wurde bislang keine Nichtigkeitsklage gegen Rechtsakte erhoben, in denen diese Frage relevant sein könnte, und derzeit ist nicht abzusehen, ob ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wird. Zu beachten ist im Übrigen, dass die Schweiz keine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV erheben könnte, da sie nicht aktiv legitimiert ist.

IV. Zur rechtlichen Tragweite der Verweise auf EU-Sekundärrechtsakte im Falle ihrer Modifikation oder ihrer Aufhebung

Die bisherigen Ausführungen konnten verdeutlichen, dass es in verschiedenen Konstellationen und aufgrund verschiedener Gründe möglich ist, dass Bilaterale Abkommen Verweise auf EU-Sekundärrechtsakte enthalten, diese jedoch im Zuge der Weiterentwicklung der unionsrechtsrechtlichen Rechtsakte nicht angepasst werden (können), so dass im Ergebnis innerhalb der Union vollumfänglich der neue Rechtsakt bzw. die neuen rechtlichen Grundlagen zum Zuge kommen, während in Bezug zur Schweiz die „alte“ Rechtslage massgeblich ist. Diese Situation impliziert ein gewisses Spannungsverhältnis zur Zielsetzung der Abkommen, in den betreffenden Gebieten im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der Union sicherzustellen; gleichzeitig ist sie zu einem gewissen Grad eine notwendige Folge der völkerrechtlichen Natur der Bilateralen Abkommen und insofern auch in ihnen selbst angelegt, wobei nicht zu verkennen ist, dass zwischen dem (Teil-) Integrationscharakter zahlreicher und der bedeutendsten Bilateralen Abkommen einerseits und der sich an völkerrechtlichen Grundsätzen orientierenden institutionellen Struktur der Abkommen ein gewisses Spannungsverhältnis besteht.

¹⁹ VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 8.

²⁰ RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

²¹ Vgl. schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 1), 153.

Aufgeworfen wird damit freilich die Frage, ob dieses „Auseinanderklaffen“ der Rechtslage in jedem Fall impliziert, dass die neue Rechtslage in der Union irrelevant ist. Diese Frage kann selbstredend definitiv nur in Bezug auf die sich stellende Rechtsfrage bzw. die konkrete Weiterentwicklung des Unionsrechts bei gleichzeitiger Nichtübernahme in den Rahmen des betreffenden Bilateralen Abkommens beantwortet werden. Nichtsdestotrotz geht es (auch) um eine grundsätzliche Problemstellung, für deren Erörterung gewisse gemeinsame Prinzipien bzw. Fragestellungen identifiziert werden können.

Ausgangspunkt ist zunächst, dass die Bilateralen Abkommen grundsätzlich davon ausgehen, dass eine Bezugnahme auf einen für die Schweiz verbindlichen Unionsrechtsakt (ausdrücklich) in den Abkommen verankert sein muss; soweit es um Weiterentwicklungen geht, werden deren Einbezug in das entsprechende Abkommen entweder durch den Gemischten Ausschuss beschlossen oder er erfolgt im Anschluss an eine entsprechende Notifizierung durch die Union, wobei eine ausdrückliche Entscheidung der Schweiz erforderlich ist. Zwar kann in Bezug auf die Schengen/Dublin-Assoziierung durchaus von einer „quasi-automatischen“ Übernahme von Weiterentwicklungen gesprochen werden, da die Schweiz im Ergebnis – will sie nicht den Bestand des Abkommens als solchen gefährden – die Übernahme vornehmen wird (wie auch die bisherigen Erfahrungen zeigen).²² Gleichwohl geht es nicht um eine „automatische“ Übernahme, die ohne Notifikation erfolgte.²³

Hieraus könnte nun auf den ersten Blick ganz allgemein gefolgert werden, Weiterentwicklungen, deren Einbezug in den Anhang des jeweiligen Abkommens nicht vom Gemischten Ausschuss beschlossen wurde, oder die der Schweiz nicht notifiziert wurden, könnten von vornherein keine Rechtswirkungen für die Schweiz entfalten.²⁴ Dieser im Ansatz durchaus zutreffende Grundsatz dürfte jedoch nicht ausreichend berücksichtigen, dass es Konstellationen gibt, in denen in Anwendung der erörterten Auslegungsgrundsätze²⁵ sowie angesichts der Besonderheiten des Verweises auf das Sekundärrecht bzw. der in Frage stehenden Weiterentwicklungen des Unionsrechts gute Gründe dafür sprechen könnten, dass die Weiterentwicklungen des Unionsrechts gleichwohl auch für die Tragweite und die Auslegung des betreffenden Abkommens von Bedeutung sind. Im Folgenden sollen diese – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – „Sonderkonstellationen“ kurz vorgestellt werden.

²² S. insoweit auch *Oesch*, AJP 2017 (Fn. 16), 638 ff., der von rund 200 übernommenen Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands spricht.

²³ Vgl. insoweit zutreffend *Christa Tobler*, Homogenität im Rechtsbestand der Schengen- und Dublin-Abkommen: Übernimmt die Schweiz im Assoziationsrahmen nicht notifiziertes Asyl- und Datenschutzrecht der EU?, SZIER 2017, 211 (214 ff.). S. zum Ganzen auch *Christa Tobler*, „Automatische“ vs. „dynamische“ Rechtsübernahme. What’s in a name?, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, 2016, 347 ff.

²⁴ So i.Erg. mit Bezug auf die Schengen/Dublin-Assoziierung *Tobler*, SZIER 2017 (Fn. 23), 211 (217 ff.).

²⁵ Oben II.

1. „Mittelbare“ Relevanz der Weiterentwicklungen aufgrund der Auslegung von Abkommensbestimmungen

In einer ersten Konstellation können Weiterentwicklungen des EU-Sekundärrechts, welche als solche keinen Eingang in die Bilateralen Abkommen gefunden haben, im Rahmen und aufgrund der Auslegung des Bilateralen Rechts relevant sein, und eine Änderung des Sekundärrechts muss nicht zwingend zu einer Änderung oder einem «Auseinanderklaffen» der Rechtslage führen und / oder kann im Zuge der Auslegung des betreffenden Abkommens im Ergebnis zu beachten sein. Hinzuweisen ist hier in erster Linie auf folgende Konstellationen:²⁶

- Erstens kommt es häufig, insbesondere bei Kodifizierungen von Sekundärrechtsakten, vor, dass der neue Rechtsakt bereits bislang geltende Bestimmungen übernimmt oder sich weitgehend an die vorher geltenden Formulierungen anlehnt. Insoweit ist davon auszugehen, dass materiell keine Rechtsänderung erfolgte, so dass letztlich die Parallelität der Rechtsentwicklung gewährleistet ist. Damit sind auch Urteile des EuGH, die sich auf die neue Rechtslage beziehen, ggf. für die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des betreffenden Abkommens heranzuziehen.²⁷
- Zweitens werden in Sekundärrechtsakten häufig Grundsätze kodifiziert, die der EuGH in Auslegung der bis dahin geltenden Vorgaben bereits vorher anerkannte. Auch hier impliziert damit der neue Rechtsakt keine eigentliche Modifikation der Rechtslage, so dass die Parallelität der Rechtsentwicklung gewahrt und die Rechtsprechung bezüglich dieser neuen Bestimmungen grundsätzlich heranzuziehen ist.²⁸

²⁶ Ausführlich hierzu schon *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration* 2011/2012, 2012, 81 (99 ff.).

²⁷ Vgl. insoweit z.B. BGE 136 II 5: Bei der Frage der Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug des Freizügigkeitsabkommens auch auf Fallgestaltungen, in denen die nachzuziehenden Personen noch keinen rechtmässigen Aufenthalt im Gebiet einer der Vertragsparteien haben, übernahm das Bundesgericht den (bejahenden) Ansatz eines Urteils des EuGH (EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241), das sich auf die einschlägigen Bestimmungen der nicht in das Freizügigkeitsabkommen übernommenen RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) bezog, dies mit dem Argument, dass die Richtlinie inhaltlich für die zu beurteilende Frage des Familiennachzugs keine wesentlichen Neuerungen mit sich gebracht habe.

²⁸ Als Beispiel sei hier auf Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) hingewiesen: Diese Bestimmung betrifft die Voraussetzungen, unter denen der Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt werden kann. Die Bestimmung formuliert einige, bereits in der (durch die RL 2004/38 aufgehobenen) RL 64/221 enthaltene Grundsätze (ausschliessliche Massgeblichkeit des persönlichen Verhaltens des Betroffenen, kein „Automatismus“ von strafrechtlicher Verurteilung und Ausweisung, vgl. Art. 3 Abs. 1, 2 RL 64/221), fügt dem aber noch eine Reihe weiterer Anforderungen bzw. Präzisierungen hinzu, so den Ausschluss wirtschaftlicher Gründe, die Massgeblichkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, die Unzulässigkeit generalpräventiver Erwägungen und die Anforderung, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. All diese Anforderungen hatte der EuGH bereits auf der Grundlage der RL 64/221 bzw. der primärrechtlichen Vorschriften entwickelt (vgl. etwa EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999, Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115-116/81 (Adaoui et Cornuaille), Slg. 1982, 1665, Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), Slg. 1999, I-11, Rn. 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263, Rn. 17; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981, Rn. 40 ff.), so dass davon auszugehen ist, dass Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 die Rechtsprechung

- Drittens ist es denkbar, dass ein neuer Sekundärrechtsakt eine bis dahin nicht ausdrücklich geregelte Frage einer expliziten Regelung zuführt. Hier kann bzw. sollte die neue Regelung immer dann auch für die Auslegung des betreffenden Abkommens herangezogen werden, wenn dieses einer derartigen Auslegung zugänglich ist, dies vor dem Hintergrund der allgemeinen Auslegungsgrundsätze²⁹ einer möglichst weitgehenden Herstellung einer kongruenten Rechtslage trotz der Weiterentwicklung des Unionsrechts.³⁰

Deutlich wird damit auch, dass es hier weniger um eine „Bindungswirkung“ der Weiterentwicklung des EU-Sekundärrechts geht, denn die Auslegung des jeweiligen Abkommens (die im Übrigen auch häufig nicht von vornherein klar sein wird).

2. *Verweise in einem notifizierten bzw. verbindlichen Rechtsakt*

EU-Sekundärrecht enthält selbst mitunter Verweise auf andere Sekundärrechtsakte. Figuriert in einem Anhang zu einem der Abkommen aufgeführter Rechtsakt ein solcher Verweis auf einen EU-Rechtsakt, der gerade nicht in das Abkommen „integriert“ ist, stellt sich die Frage, ob ein derartiger Verweis bewirkt, dass die Schweiz nicht nur den erstgenannten, sondern auch den letztgenannten Rechtsakt zu beachten hat. So verweist z.B. Erw. 10 Präambel VO 656/2014 über die Überwachung der Seeaussengrenzen durch Frontex³¹ auf die RL 2013/32 über das Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes³² und betont, die Mitgliedstaaten seien bei der Behandlung der Anträge auf internationalen Schutz insbesondere an die genannte Richtlinie gebunden.³³

Die Antwort auf diese Frage hängt von der genauen Formulierung des Verweises und seiner Auslegung im Zusammenhang mit den übrigen Vorgaben in dem betreffenden Rechtsakt ab.

29 kodifiziert und mit diesen Vorgaben keine eigentlichen Neuerungen verbunden sind. Insofern ist auch die neue Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 grundsätzlich beachtlich.

30 Oben II.

30 Vgl. etwa BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010: Das Bundesgericht nahm hier auf Art. 8 Abs. 1-3 RL 2004/38 Bezug. Nach dieser Bestimmung können die Mitgliedstaaten von Unionsbürgern im Falle eines Aufenthalts von über drei Monaten verlangen, dass sie sich bei der zuständigen Behörde anmelden und den Behörden gewisse Informationen zukommen lassen müssen; die Nichterfüllung dieser Pflicht kann mit verhältnismässigen und nicht diskriminierenden Sanktionen geahndet werden. Diese Aspekte waren vorher nicht in dieser Genauigkeit sekundärrechtlich geregelt. Gleichwohl zog das Bundesgericht diese Bestimmung (und darüber hinaus die Umsetzung in Deutschland) für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens heran, was es mit dem Ziel des Abkommens, eine parallele Rechtslage sicherzustellen, begründete, ganz abgesehen davon, dass nicht anzunehmen sei, dass das Freizügigkeitsabkommen hier weitergehende Rechte als die RL 2004/38 garantiere.

31 VO 656/2014 zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaussengrenzen im Rahmen der von der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union koordinierten operativen Zusammenarbeit, ABl. 2014 L 189, 93.

32 ABl. 2013 L 180, 60.

33 S. dieses Beispiel bei *Tobler*, SZIER 2017 (Fn. 23), 211 (217).

Nichtsdestotrotz können m.E. einige Leitlinien bzw. Grundsätze in diesem Zusammenhang formuliert werden:

- Zunächst ist festzuhalten, dass es wenig überzeugend erscheint, von vornherein die Massgeblichkeit von Vorgaben, die sich aus EU-Sekundärrechtsakten ergeben, auf welche in einem anderen Sekundärrechtsakt, der in den Rahmen des jeweiligen Abkommens übernommen wurde und somit zu beachten ist, ergeben, im Rahmen der Bilateralen Abkommen (und somit für die Schweiz) auszuschliessen: Denn durch den Verweis in einem zu beachtenden Sekundärrechtsakt hat derjenige Rechtsakt, auf den verwiesen wird, auch Eingang in das bilaterale Vertragswerk gefunden, da sich der vorgesehene Übernahmemechanismus auf den gesamten Rechtsakt, inklusive der Verweisung (figuriert diese doch in dem übernommenen Rechtsakt), bezog. In den Abkommen finden sich auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Verweise grundsätzlich nicht zu beachten wären.³⁴ Im Gegenteil: Das mit dem Einbezug eines Sekundärrechtsakts in den Rahmen des betreffenden Bilateralen Abkommens grundsätzlich verfolgte Ziel, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der Union zu gewährleisten, spricht für die Möglichkeit der Massgeblichkeit – sozusagen über eine Kettenverweisung – zumindest gewisser Vorgaben desjenigen Rechtsakts, auf den verwiesen wird, ist es doch möglich, dass sich nur über einen Rückgriff auf gewisse Vorgaben desselben die rechtliche Tragweite des in den Rahmen des Abkommens übernommenen Rechtsakts erschliesst, so dass nur auf diese Weise eine Parallelität der Rechtslage sichergestellt werden kann.
- Auf der anderen Seite folgt aus dem Umstand, dass der betreffende Rechtsakt gerade nicht als solcher in den Rahmen des jeweiligen Abkommens übernommen wurde, dass er auch nicht *per se* und „automatisch“ umfassend zu beachten ist. So wird auf einen solchen Rechtsakt eben nur (aber immerhin) in einem anderen Rechtsakt (der Teil eines Bilateralen Abkommens ist) verwiesen; eine eigentliche umfassende Verbindlichkeit folgt hieraus jedoch wohl nicht, kam doch der Übernahmemechanismus für diesen Rechtsakt gerade nicht zum Zuge.
- Damit stellt sich aber die Frage, welche Teile des betreffenden Rechtsakts ggf. unter welchen Voraussetzungen auch im Rahmen des betreffenden Abkommens zu beachten sind. Nach der hier vertretenen Ansicht ist in diesem Zusammenhang darauf abzustellen, ob die rechtliche Tragweite bzw. der Bedeutungsgehalt desjenigen Rechtsakts, der Teil des betreffenden Bilateralen Abkommens ist, durch Vorgaben des Rechtsakts, auf den verwiesen wird, determiniert ist: Soweit letzterer einen Einfluss auf die Tragweite oder

³⁴ So aber wohl Tobler, SZIER 2017 (Fn. 23), 211 (217 f.), die argumentiert, im Falle einer Massgeblichkeit würde der formale Übernahmemechanismus in Frage gestellt. Diese Überlegung vermag jedoch nicht die vollumfängliche Unbeachtlichkeit des betreffenden Rechtsakts begründen, ist dieser doch – aufgrund des Verweises – gerade Teil des Übernahmemechanismus. Allerdings ist dieser Aspekt bei der Frage nach der Reichweite der Massgeblichkeit relevant. Hierzu noch sogleich im Text.

die Auslegung der in ersterem enthaltenen Verpflichtungen entfaltet (etwa indem eine bestimmte Verhaltenspflicht präzisiert oder die Art und Weise der Wahrnehmung einer Pflicht näher umschrieben wird), ist er insoweit (aber auch nur insoweit) zu beachten, dies übrigens unabhängig davon, ob die Verweisnorm selbst spezifisch ist oder ob „pauschal“ auf den Rechtsakt verwiesen wird.³⁵ Dieser Ansatz drängt sich insbesondere auf der Grundlage des Ziels der Übernahme eines Sekundärrechtsakts, eine Parallelität der Rechtslage in der Union und im Verhältnis zur Schweiz sicherzustellen, auf: Denn soweit der Inhalt von Pflichten, die aufgrund der Abkommen (über den Einbezug bestimmter Sekundärrechtsnormen) zu beachten sind, betroffen ist, müssen – soll das erwähnte Ziel der „Homogenität“ nicht in Frage gestellt werden – all diejenigen Elemente massgeblich sein, die eben diesen Inhalt bzw. ihre Tragweite betreffen; m.a.W. werden die Vorgaben desjenigen Rechtsakts, auf den verwiesen wird, als „Teil“ der zu beachtenden Pflichten angesehen und sozusagen in diese „integriert“. Eine andere Sicht führte dazu, dass aufgrund der fehlenden Massgeblichkeit desjenigen Rechtsakts, auf den verwiesen wird, auch die eigentlich zu beachtenden Pflichten eine andere Bedeutung im Bilateralen Recht als im Unionsrecht hätten, was mit der Zielsetzung der Abkommen nicht vereinbar wäre. Deutlich wird damit auch, dass jeweils in Bezug auf jede einzelne Verpflichtung in dem übernommenen Rechtsakt eruiert werden muss, ob und inwieweit in diesem Zusammenhang auch Vorgaben des Rechtsakts, auf den verwiesen wird, zu beachten sind. Damit einher geht eine gewisse Rechtsunsicherheit, wird die Antwort auf diese Frage doch in den wenigsten Fällen klar und eindeutig ausfallen. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten sind aber eine unvermeidbare Konsequenz des hier entwickelten Grundsatzes, der sich seinerseits klar aus den Abkommen ergibt, wobei er gleichzeitig eine (weitere) Schwierigkeit des Bilateralen Weges illustriert.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich im Zusammenhang mit der Frage nach der Massgeblichkeit der EU-Grundrechte in den Bilateralen Abkommen ein ähnliches Problem stellt: Keines der Bilateralen Abkommen nimmt, in welcher Form auch immer, auf die EU-Grundrechte als solche Bezug, so dass diese als solche keinen Anteil an dem unionsrechtlichen Besitzstand, der Eingang in die Abkommen gefunden hat, haben. Nichtsdestotrotz können sie im Rahmen der Abkommen relevant und zu beachten sein: Denn die EU-Grundrechte sind nach Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta (wobei dieser Grundsatz auch schon vor der primärrechtlich vorgesehenen Verbindlichkeit der Charta aufgrund der allgemeinen Rechtsgrundsätze galt) insbesondere bei Auslegung und Anwendung des EU-Sekundärrechts zu beachten. Soweit letzteres nun in Anhängen der Bilateralen Abkommen

³⁵ Diese Voraussetzungen dürften wohl in Bezug auf den Verweis auf die RL 2013/32 in Erw. 10 VO 656/2014 (s.o. im Text) nicht gegeben sein, geht es hier doch um einen allgemeinen Verweis auf den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Asylrechts, ohne dass ein spezifischer Bezug zu den sich aus der VO 656/2014 ergebenden Pflichten erkennbar ist. Hinzu kommt hier, dass der Verweis nur in der Präambel figuriert, was ebenfalls eher gegen einen Bezug zu den spezifischen Pflichten aus der Verordnung spricht.

figuriert und somit letztlich durch die Schweiz zu beachten ist, sind die EU-Grundrechte im Ergebnis Teil des übernommenen Besitzstands, allerdings nur soweit es um die Auslegung und Anwendung von in die Abkommen übernommenen EU-Rechtsakten geht.³⁶

3. *Aufhebung und Ersatz eines EU-Rechtsakts mit Verweis auf die „alte“ Regelung*

Schliesslich kommt es im Unionsrecht recht häufig vor, dass ein Sekundärrechtsakt aufgehoben und durch einen neuen Sekundärrechtsakt ersetzt wird, der gleichzeitig vorsieht, dass Verweise auf den „alten“ Rechtsakt in Zukunft als solche auf den diesen ersetzenden, neuen Rechtsakt zu verstehen sind. Sollte nun der neue Rechtsakt nicht in das betreffende Bilaterale Abkommen integriert worden sein bzw. ist dies nicht vorgesehen, stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit ein solcher Verweis dazu führen kann, dass nunmehr auch der Verweis in einem Bilateralen Abkommen auf den „alten“ Rechtsakt in Zukunft als ein solcher auf den „neuen“ Rechtsakt zu verstehen ist.

Konkret stellt sich die Frage im Zusammenhang mit der Datenschutzgrundverordnung (VO 2016/679)³⁷: Diese sieht in Art. 94 Abs. 2 vor, dass Verweise auf die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46)³⁸, welche durch die VO 2016/679 aufgehoben werden wird (Art. 94 Abs. 1 VO 2016/679), in Zukunft als Verweise auf die VO 2016/679 zu verstehen sind. Während die RL 95/46 Teil des Schengen/Dublin-Besitzstands sind und in den entsprechenden Anhängen zu den Assoziierungsabkommen mit der Schweiz figuriert, fehlt in der VO 2016/679 ein Hinweis darauf, dass sie Teil des Schengen-Besitzstands ist. Somit wird sie der Schweiz nicht gemäss den einschlägigen Bestimmungen der Abkommen (s. in der Schengen-Assoziierung Art. 7 Abs. 2) notifiziert werden, so dass sie keinen Eingang in die Anhänge finden und daher für die Schweiz nicht aufgrund ihrer Aufnahme in die Anhänge verbindlich werden wird. Die RL 95/46 jedoch bleibt Teil des übernommenen Rechts, dies obwohl sie in der Union nicht mehr gelten wird.³⁹

³⁶ Vgl. ausführlich zu diesem Ansatz *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casarus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, 2013, 141 ff.; daran anknüpfend und i.Erg. ähnlich *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; *Matthias Oesch/Tobias Naef*, EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 2017 I 117 ff. Allerdings wurde diese Frage durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden.

³⁷ Fn. 19.

³⁸ Fn. 20.

³⁹ Dabei sei darauf hingewiesen, dass es wenig überzeugend erscheint, die VO 2016/679 nicht als Teil des Schengen-Besitzstands anzusehen, geht es doch um für diesen relevante datenschutzrechtliche Vorgaben, die in einer dem Schengen-Besitzstand zugeordneten (jedenfalls soweit dieser Besitzstand betroffen ist) Richtlinie verankert sind, die nun durch eine neue Verordnung, die ähnliche Themata betrifft, jedoch die Verpflichtungen weiterentwickelt bzw. präzisiert, abgelöst werden wird.

Grundsätzlich sind in Bezug auf die somit aufgeworfene Frage der Verbindlichkeit des neuen Rechtsakts auch im Rahmen des betreffenden Bilateralen Abkommens kraft Verweis (trotz fehlenden Einbezugs in den betreffenden Anhang) zwei grundsätzliche Ansätze denkbar:

- Erstens könnte argumentiert werden, der Verweis in dem neuen Rechtsakt gelte – mangels anderweitiger Anhaltspunkte – umfassend für alle Unionsrechtsakte, die auf den „alten“ Rechtsakt Bezug nehmen. Da auch völkerrechtliche Abkommen Teil des Unionsrechts sind (sind sie doch nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs integrierender Bestandteil des in der Union geltenden Rechts⁴⁰ und nach Art. 216 Abs. 2 AEUV für die Organe der Union und die Mitgliedstaaten verbindlich) bezöge sich nach dieser Ansicht eine Bestimmung wie Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679 nicht nur auf Verweise auf die „alte“ RL 95/46 in anderen Sekundärrechtsakten, sondern auch auf solche, die in (Anhängen zu) völkerrechtlichen Verträgen der Union enthalten sind, dies mit der Folge, dass der entsprechende Bezug auf den „alten“ Rechtsakt im Ergebnis mit dem Erlass eines neuen, diesen ersetzenden und auf diesen verweisenden Sekundärrechtsakts durch einen solchen auf den „neuen“, allein durch die Union erlassenen Rechtsakt „ersetzt“ wird, dies ohne eine Modifikation des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrags.
- Zweitens könnte argumentiert werden, eine Bestimmung wie Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679 könne schon deshalb keine Anwendung auf einen Verweis auf den „alten“ Rechtsakt in einem völkerrechtlichen Vertrag finden, weil es sich eben um einen Vertrag handle, welcher nicht einseitig durch die Union über den Erlass eines neuen Sekundärrechtsakts, der letztlich einen in diesem Vertrag enthaltenen Verweis modifiziert, abgeändert werden könne.

Versucht man eine Annäherung an die soweit ersichtlich bislang kaum diskutierte⁴¹ Problematik, so muss der Ausgangspunkt notwendigerweise eine genaue Analyse des jeweiligen Abkommens sein: In Bezug auf dieses ist danach zu fragen, ob und ggf. inwieweit es (auch) eine „automatische“ Rechtsübernahme impliziert bzw. unter gewissen Voraussetzungen und in gewissen Konstellationen implizieren könnte. Nur wenn diese Frage (teilweise) bejaht werden kann, kommt nach der hier vertretenen Ansicht eine Massgeblichkeit von Bestimmungen wie Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679 auch für Verweise auf den „alten“ Rechtsakt in einem völkerrechtlichen Vertrag in Frage. Ein rein formales Abstellen darauf, dass auch Verweise in völkerrechtlichen Verträgen integrierender Bestandteil des Unionsrechts sind und somit in jedem Fall von Bestimmungen wie Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679 erfasst wären, verkennt, dass sowohl Verweise in völkerrechtlichen Verträgen als auch neue sekundärrechtliche Bestimmungen immer unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs

⁴⁰ S. nur EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449; EuGH, Rs. C-301/08 (Bogiatzi), Slg. 2009, I-10185, Rn. 23.

⁴¹ S. aber Tobler, SZIER 2017 (Fn. 23), 211 (223 ff.), die die Massgeblichkeit von Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679 im Rahmen der Bilateralen Abkommen verneint, da eine solche das „Wesen des Assoziationsrechts bzw. der hier geltenden Mechanismen der Rechtsübernahme“ verkennen würde.

auszulegen sind, so dass eben im Fall fehlender Anhaltspunkte dafür, dass neue interne EU-Rechtsakte dazu führen sollen, dass (gewisse) Verweise (in völkerrechtlichen Abkommen der Union) auf Sekundärrechtsakte „automatisch“ entsprechend modifiziert werden könnten, nicht von einem „automatischen“ und ohne Modifikation erfolgenden Ersatz eines Verweises auf einen Sekundärrechtsakt in einem völkerrechtlichen Vertrag ausgegangen werden kann.

Soweit nun die Bilateralen Abkommen betroffen sind, dürfte jedenfalls bei denjenigen Abkommen, denen zwar (auch) das Ziel der Sicherstellung einer parallelen Rechtslage zugrundeliegt, die jedoch in Bezug auf die Übernahme neuer Rechtsakte davon ausgehen, dass ein einstimmiger Beschluss des Gemischten Ausschusses zu erfolgen hat (wie in der Regel in den Abkommen der „Bilateralen I“, etwa im Freizügigkeitsabkommen),⁴² davon auszugehen sein, dass Bestimmungen wie Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679 nicht dazu führen können, dass der neue Sekundärrechtsakt nunmehr statt des in dem betreffenden Abkommen aufgeführten Rechtsakts massgeblich wäre bzw. diesen ersetzen würde. Denn die Notwendigkeit eines Beschlusses des Gemischten Ausschusses impliziert, dass dieser auch unterbleiben kann, womit die Abkommen davon ausgehen bzw. „in Kauf nehmen“, dass im Falle der Weiterentwicklung des Unionsrechts eine Anpassung des entsprechenden Bilateralen Abkommens auch unterbleiben kann, womit ein „Auseinanderklaffen“ der Rechtslage in der Union einerseits und im Verhältnis zur Schweiz andererseits in dem jeweiligen Abkommen angelegt ist und in Kauf genommen wird. Jeder andere Ansatz würde den statischen Charakter solcher Abkommen verkennen und implizierte letztlich ein „Aushebeln“ der grundsätzlichen Mechanismen der „Übernahme“ bzw. Massgeblichkeit weiterentwickelten Unionsrechts, gehen die Abkommen in einem solchen Fall doch von der Notwendigkeit der Zustimmung beider Vertragsparteien aus.

Bilaterale Abkommen, die als solche eine in jeder Beziehung „automatische“ Anpassung der Abkommen im Zuge der Weiterentwicklung des Unionsrechts vorsehen, gibt es zur Zeit (noch)⁴³ nicht. Die wohl am weitesten gehenden Vorgaben in Bezug auf die Anpassung der Bilateralen Abkommen an eine Weiterentwicklung des Unionsrechts finden sich in der Schengen/Dublin-Assoziierung. Diese sieht – wie skizziert⁴⁴ – vor, dass die Schweiz ihr

⁴² S.o. III.

⁴³ Allerdings ist diese Frage Gegenstand der derzeit zwischen der Schweiz und der Union diskutierten sog. institutionellen Fragen, in deren Rahmen auch eine eigentliche „automatische“ Weiterentwicklung gewisser Abkommen diskutiert wird bzw. vereinbart werden soll. Die Verhandlungen sind jedoch noch nicht abgeschlossen, und der Text des entsprechenden Abkommensentwurfs ist nicht veröffentlicht. Vgl. zu den institutionellen Fragen *Astrid Epiney*, Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven, in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 25 (38 ff.); *Andreas Glaser/Lorenz Langer*, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, *SZIER* 2014, 563 ff.; *Christa Tobler*, Zur Rolle des EuGH im Streitbeilegungsmechanismus in den sektoriellen Verträgen EU-Schweiz, *FS Christoph Vedder*, 2017, 378 (395 ff.); *Joëlle de Sépibus*, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union – Wie weiter? Ein Überblick über Vor- und Nachteile unterschiedlicher Optionen, in: *Astrid Epiney/Stefan Diezig* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2013/2014, 2014, 397 ff.; *Oesch*, *AJP* 2017 (Fn. 16), 638 (649 ff.).

⁴⁴ Oben III.

notifizierte Weiterentwicklungen des Unionsrechts grundsätzlich übernimmt (was sie der Union auch mitzuteilen hat); im Falle fehlender Übernahme wird das Abkommen grundsätzlich beendet. Damit geht auch dieses Abkommen davon aus, dass neues Unionsrecht, das Teil des Schengen- oder Dublin-Besitzstands ist, nur dann in den Rahmen des jeweiligen Abkommens übernommen wird, wenn das entsprechende Verfahren durchlaufen wird.

Hieraus könnte man auf den ersten Blick schliessen, dass Bestimmungen wie Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679 in keinem Fall dazu führen könnten, dass Verweise auf „alte“ Rechtsakte in den Abkommen als solche auf neu erlassene Rechtsakte auszulegen wären und eine Massgeblichkeit weiterentwickelten Unionsrechts in die Abkommen nur im Falle einer entsprechenden Notifizierung durch die Union in Betracht kommt.⁴⁵ Nicht zu verkennen ist in diesem Zusammenhang auch, dass es damit allein der Union obliegt zu bestimmen, ob ein bestimmter Rechtsakt in den Rahmen der Abkommen Eingang finden soll, da der Unionsgesetzgeber beim Erlass der Rechtsakte jeweils festlegt, ob ein bestimmter (neuer) Rechtsakt eine Weiterentwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands ist oder nicht. Zwar ist hier grundsätzlich eine gerichtliche Kontrolle durch den EuGH möglich und denkbar; jedoch ist die Schweiz vor dem EuGH nicht nach Art. 263 AEUV aktiv legitimiert, ganz abgesehen davon, dass es sich hier um ein unionsinternes Verfahren handelt.⁴⁶

Deutlich werden damit auch die möglichen Einwände gegen eine „absolute“ Geltung des Grundsatzes der fehlenden Massgeblichkeit weiterentwickelten Unionsrechts im Falle fehlender Notifizierung durch die Union: In denjenigen Konstellationen, in denen ein bestimmter Sekundärrechtsakt im Anhang eines Bilateralen Abkommens figuriert und dieser auf Unionsebene vollumfänglich durch einen neuen Rechtsakt abgelöst wird, der zudem vorsieht, dass alle Verweise auf den „alten“ als solche auf den neuen Rechtsakt zu verstehen sind, führte dieser Ansatz dazu, dass die Zielsetzung der Abkommen sowie der in diesen zum Ausdruck gekommene Grundansatz, wonach Weiterentwicklungen des Schengen/Dublin-Besitzstands Eingang in das Abkommen finden sollen bzw. müssen, letztlich unterlaufen werden könnte, dies auf der Grundlage eines auf welchen Gründen auch immer beruhenden einseitigen Beschlusses des Unionsgesetzgebers. Damit könnte aber letztlich die Funktionsfähigkeit der Abkommen nachhaltig beeinträchtigt werden, wobei in diesem Zusammenhang auch daran zu erinnern ist, dass die Massgeblichkeit der betreffenden Unionsrechtsakte bzw. ihr Einbezug in den Rahmen der Abkommen nicht nur im Interesse der Union liegt oder liegen kann, sondern häufig auch im Interesse der Schweiz ist und jedenfalls – wie erwähnt – zur Funktionsfähigkeit des Schengen/Dublin-Systems beiträgt bzw. für dieses erforderlich ist.

Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe dafür, dass zwar grundsätzlich ein Einbezug von Weiterentwicklungen des EU-Sekundärrechts im Rahmen der Schengen/Dublin-

⁴⁵ So denn auch *Tobler*, SZIER 2017 (Fn. 23), 211 (223 ff.).

⁴⁶ S. insoweit auch schon oben III.

Assoziierung nur insoweit in Betracht kommt, wie das im Abkommen vorgesehene Übernahmeverfahren durchlaufen wurde, hiervon jedoch dann eine Ausnahme anzunehmen ist, wenn ein Rechtsakt klar und eindeutig als Weiterentwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands anzusehen ist, eine Notifizierung jedoch gleichwohl unterblieben ist und daher die Parallelität der Rechtsentwicklung in Frage gestellt wird. Dies wird im Wesentlichen in einer Konstellation wie bei Art. 94 Abs. 2 VO 2016//679 in Verbindung mit der RL 95/46 der Fall sein. Die „Durchbrechung“ des Prinzips, dass der Einbezug neuen EU-Sekundärrechts in den Rahmen der Abkommen über das in diesen vorgesehenen Verfahren zu erfolgen hat, erscheint in solchen Fallgestaltungen in den Abkommen selbst angelegt, so dass die Tragweite des „normalen“ Übernahmeverfahrens entsprechend beschränkt ist bzw. auszulegen ist.

Folgende Elemente dürften hier nach dem Gesagten letztlich ausschlaggebend sein:

- Das Abkommen als solches geht von einer „quasi-automatischen“ Anpassung des Abkommens an Weiterentwicklungen des entsprechenden unionsrechtlichen Besitzstands aus, wie dies derzeit im Wesentlichen nur bei der Schengen/Dublin-Assoziierung der Fall ist.
- Eine Weiterentwicklung des Unionsrechts betrifft klar das in das Abkommen einbezogene Unionsrecht bzw. den in diesem bezeichneten Besitzstand. Dies ist in erster Linie dann der Fall, wenn ein in einem Anhang zu einem Bilateralen Abkommen aufgeführter Sekundärrechtsakt modifiziert oder durch einen neuen Rechtsakt abgelöst wird.
- Der Unionsgesetzgeber unterliess es gleichwohl, die Weiterentwicklung des Unionsrechts entsprechend (also als Teil des durch das Abkommen erfassten Besitzstands) zu qualifizieren.
- In der neuen sekundärrechtlichen Regelung muss sich ein Hinweis darauf finden, dass die in den abgelösten bzw. aufgehobenen Bestimmungen bzw. Rechtsakten betreffenden Fragen nunmehr (vollumfänglich) durch die neuen Regelungen erfasst sind. In Frage kommen hier insbesondere Regelungen wie Art. 94 Abs. 2 VO 2016/679.

Liegen diese Voraussetzungen vor, erscheint es gut vertretbar, das betreffende Abkommen im hier skizzierten Sinn auszulegen und von der Massgeblichkeit der betreffenden Weiterentwicklung des Unionsrechts trotz fehlender Notifizierung und somit des nicht erfolgten Durchlaufens des grundsätzlich vorgesehenen Übernahmemechanismus auszugehen. Denn letztlich kann in solchen Konstellationen der Verweis – in dem entsprechenden Anhang des betreffenden Abkommens – auf einen Sekundärrechtsakt in dem Sinn ausgelegt werden, dass er auch (bei Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen) Weiterentwicklungen des Unionsrechts erfasst. Allerdings ist zu betonen, dass es sich um eine komplexe Fragestellung handelt, die in den Abkommen mitnichten eindeutig geregelt ist, durchaus auch Argumente gegen den hier vertretenen Ansatz angeführt werden können und eine gerichtliche Klärung noch aussteht.

V. Fazit

Die in diesem Beitrag erörterte Problematik stellt ein weiteres Beispiel für die Komplexität der Rechtsfragen dar, die sich im Zusammenhang mit denjenigen Bilateralen Abkommen, welche einen Einbezug der Schweiz in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands vorsehen, stellen. Wie auch bei gewissen anderen Auslegungsfragen in Bezug auf die Bilateralen Abkommen ist ihr Hintergrund auch darin zu sehen, dass die unionsrechtlichen Grundsätze bzw. Weiterentwicklungen eben im Rahmen des Unionsrechts zu sehen sind bzw. erfolgen, womit im Falle ihrer (teilweisen) Übernahme in völkerrechtliche Abkommen schon deshalb Fragen aufgeworfen werden können, weil Entwicklungen des Unionsrechts nicht notwendigerweise möglicherweise bestehende oder zukünftige völkerrechtliche Abkommen im Auge haben bzw. berücksichtigen.

Allzu formalistische und schematische Ansätze bei solchen Fragestellungen dürften letztlich den Zielsetzungen der betreffenden Abkommen häufig nicht Rechnung tragen, so dass Vieles für einen grundsätzlichen, auch den völkerrechtlichen Methoden entsprechenden Auslegungsansatz spricht, der nicht nur den Wortlaut und die ausdrücklich vorgesehenen Mechanismen berücksichtigt, sondern jeweils auch danach fragt, ob den Zielsetzungen der Abkommen Rechnung getragen wird. Damit wird nicht etwa einer „Beliebigkeit“ der Auslegung das Wort geredet, sondern letztlich geht es – wie die hier skizzierten konkreten Problemstellungen illustrieren – um durch die Abkommen nicht vorgesehene und nicht wirklich geregelte Fragen, die ausgehend von den völkerrechtlichen Auslegungsmethoden einer auch den Gesamtzusammenhang des jeweiligen Abkommens und seine Zielsetzungen berücksichtigenden Antwort zugeführt werden müssen.

Nicht zu verkennen ist dabei freilich auch, dass es hier häufig um komplexe Fragestellungen geht, die in den Abkommen eben gerade nicht klar geregelt sind, womit auch eine beachtliche Rechtsunsicherheit einhergeht, jedenfalls bis zu ihrer gerichtlichen Klärung. Bis zu einem gewissen Grad dürfte dies jedoch dem grundsätzlichen Ansatz der Bilateralen Abkommen – so wie sie heute ausgestaltet (einerseits als Verträge mit „Integrationscharakter“, andererseits in institutioneller Hinsicht als „normale“ völkerrechtliche Verträge – inhärent sein, was sich möglicherweise im Zuge des Abschlusses eines institutionellen Rahmenabkommens⁴⁷ ändern könnte.

⁴⁷ Hierzu die Nachweise in Fn. 43.